

Dopuszczalność zastępczego macierzyństwa w prawie polskim – rozważania *de lege lata* i *de lege ferenda*

1. Wstęp

Problematyka zastępczego macierzyństwa związana jest z zagadnieniem prokreacji wspomaganej, nie stanowi ona bezpośrednich unormowań na płaszczyźnie polskiego prawa cywilnego, karnego czy gospodarczego, nie jest więc wprost zakazana.

Jak możemy przeczytać w artykule Anity Anders pt.: *Brzuch do wynajęcia*, w czerwcu 2009 r. po raz pierwszy doszło w Polsce do sytuacji, kiedy zastępcza matka, która wcześniej przyjęła kwotę 30 tys. zł za wynajęcie brzucha, nie chciała oddać urodzonego dziecka². Sprawa wstrząsnęła opinią publiczną i bardzo mocno ją podzieliła. Pojawiły się stanowiska przemawiające za pozostawieniem dziecka przy matce zastępczej, jak i przeciwnie. W związku z brakiem prawnej regulacji powyższych kwestii coraz częściej nasuwają się liczne pytania. Czy umowy o zastępcze macierzyństwo na tle obecnie obowiązujących przepisów są ważne? Kogo należy chronić? Jak prawo powinno regulować takie kwestie?

Instytucja matki zastępczej jest legalna i uregulowana w wielu krajach europejskich, takich jak Grecja, Belgia, Wielka Brytania. Jednak część krajów uznało zastępcze macierzyństwo za nieetyczne i prawnie zakazało korzystania z usług surogatek, np. we Francji na mocy przyjętej w 1994 roku ustawy bioetycznej.

Jak pisze Kazimierz Piasecki w Komentarzu do polskiego Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego: „Brak bezpośredniej regulacji kwestii macierzyństwa wynika z istniejącej na ogół pewności tego stosunku prawnego opartego na fakcie urodzenia”³. Jednak tę pewność osłabiają

¹ Studentka prawa na WPiA UJ.

² A. Anders, *Brzuch do wynajęcia*, strona internetowa: <http://www.mamazone.pl/artykuly/mamy-glos/czytelnia/2009/brzuch-do-wynajecia.aspx>, [9.07.2010].

³ K. Piasecki, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Piasecki, Warszawa 2009, s. 626.

możliwości współczesnej medycyny polegające na zapłodnieniu poza organizmem kobiety gamet niepochodzących z jej organizmu, w wyniku czego rodzi ona genetycznie nie swoje dziecko. Na tym tle mogą pojawić się spory, która z kobiet jest matką urodzonego dziecka.

2. Wyjaśnienie znaczenia terminu *zastępcze macierzyństwo*

Pod pojęciem zastępczego macierzyństwa należy rozumieć sytuację, w której kobieta zachodzi w ciążę i rodzi dziecko nie mając zamiaru jego wychowania, opieki nad nim czy przejęcia za niego odpowiedzialności rodzicielskiej. Na mocy zawartej przed poczęciem dziecka umowy zobowiązuje się po porodzie lub w niedługim czasie po nim oddać nowo narodzone dziecko innej kobiecie lub małżeństwu⁴, które zostanie nazwane w niniejszej pracy: „rodzicami socjologicznymi”. Istotą macierzyństwa zastępczego jest to, iż kobieta wykorzystuje swoje możliwości prokreacyjne i wyraża zgodę na łączne spełnienie trzech warunków: implantacji do swojego łona embrionu powstałego wskutek pozaustrojowego zapłodnienia komórki jajowej pochodzącej od innej kobiety nasieniem męża tej drugiej kobiety (jest to jedna z możliwości), urodzenia dziecka oraz oddania dziecka rodzicom socjologicznym⁵. Celem umowy jest natomiast urodzenie dziecka dla innej osoby.

Reasumując, można stwierdzić, że zastępcze macierzyństwo polega na: „wynajęciu łona innej kobiety, która donosi ciążę i po urodzeniu odda dziecko innej kobiecie, najczęściej matce genetycznej, tj. tej, od której pochodzi jajo zapłodnione nasieniem męża. Dziecko pochodzi wtedy genetycznie od małżonków, ale biologiczną matką jest kobieta, która dziecko urodziła – matka zastępcza. Dziecko może być też poczęte z komórki jajowej matki zastępczej i z nasienia męża kobiety bezpłodnej”⁶. Należy podkreślić, że jest to złożony proces i może wchodzić w grę kombinacja różnych metod, np. zapłodnienie *in vivo*, czyli zabieg inseminacji (unasienienia) polegający na zewnętrznym wprowadzeniu nasienia męczyzny do narządów rodnych kobiety⁷, sztuczna inseminacja, zapłodnienie *in vitro* (pozaustrojowe)⁸ czy transfer embrionalny polegający na tzw. przepłukaniu macicy⁹. Kobieta zwana matką zastępczą lub surogatką może zostać sztucznie zapłodniona cudzym nasieniem, będziemy wtedy mieli do czynienia z tzw. zapłodnieniem wewnątrzustrojowym. W takiej sytuacji matka zastępcza będzie równocześnie matką biologiczną i genetyczną, gdyż oddaje swoją komórkę jajową. Istnieje również możliwość, że dziecko nie będzie miało żadnego związku genetycznego z rodzicami socjologicznymi, np. wtedy gdy zostaną wykorzystane gamety pochodzące od matki zastępczej i od dawcy niebędącego jednym z rodziców socjologicznych. Możliwa jest także taka sytuacja, kiedy rola matki zastępczej ogranicza się jedynie do umożliwienia rozwoju embrionu, który powstał na

⁴ M. Nesterowicz, *Prokreacja medycznie wspomagana i inżynieria genetyczna – konieczność regulacji prawnych*, Prawo i Medycyna, strona internetowa: <http://www.prawoimedycyna.pl/index.php?str=artykul&id=133>, [9.07.2010].

⁵ M. Działyńska, *Problematyka prawna macierzyństwa zastępczego*, [w:] *Wspomagana prokreacja ludzka. Zagadnienia legislacyjne*, red. T. Smoczyński, Poznań 1996, s. 114.

⁶ T. Smoczyński, *System Prawa Prywatnego, Tom 12 – Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smoczyński, Warszawa 2003, s. 213.

⁷ K. Szewczyk, *Bioetyka. Medycyna na granicach życia*, Warszawa 2009, s. 187.

⁸ H. Bartel, *Embriologia*, Warszawa 2007, s. 87.

⁹ M. Safjan, *Prawne problemy ludzkiej prokreacji*, [w:] *Prawne problemy ludzkiej prokreacji*, red. W. Lang, Toruń 2002, s. 292.

skutek zapłodnienia komórki jajowej innej kobiety niż matka zastępcza, np. w wyniku zapłodnienia pozaustrojowego i implantacji embrionu do ustroju matki zastępczej bądź na skutek tzw. transferu embrionalnego. Jeżeli chodzi o ojcostwo dziecka narodzonego z wykorzystaniem matki zastępczej, istnieją dwie możliwości: dawcą nasienia i zarazem ojcem biologicznym może być mężczyzna, który chce uzyskać prawa do narodzonego dziecka, tzw. ojciec socjologiczny, lub może to być osoba trzecia, anonimowy dawca¹⁰.

Na tle powyższych rozważań można wyróżnić pełne macierzyństwo, które zachodzi wtedy, gdy para pragnąca mieć dziecko dostarcza matce zastępczej materiał genetyczny w postaci zapłodnionego *in vitro* embrionu lub embrionu przekazanego w drodze transferu. Natomiast z częściowym macierzyństwem mamy do czynienia wtedy, gdy matka zastępcza zostaje zapłodniona nasieniem mężczyzny, który chce być ojcem¹¹.

Wśród najczęstszych przyczyn prowadzących do zawierania umów o zastępcze macierzyństwo można wyróżnić sytuację, w których dawczyni poszukuje matki zastępczej, zwaną też surogatką, gdy sama z różnych względów nie może zająć w ciążę, donosić ciąży lub urodzić dziecka.

Termin „macierzyństwo zastępcze” nie pojawia się w ustawodawstwie polskim, natomiast w literaturze prawniczej jest używany w wyżej wymienionym znaczeniu.

3. Charakter prawny umowy o zastępcze macierzyństwo

Umowę o zastępcze macierzyństwo należy umiejscowić wśród umów nienazwanych (*contractus innominatus*), gdyż treść tej umowy nie jest przewidziana przez żadną z postaci umów nazwanych. W przypadku umów nienazwanych strony mogą w granicach wyznaczonych prawem wypełnić ich treść danymi postanowieniami. Umowy nazwane natomiast tym różnią się od umów nienazwanych, że ich *essentialia negoti* są objęte przepisami ustawy, choćby mającymi charakter dyspozytywny, tej cechy nie można jednak przypisać umowom, którym poświęcona jest niniejsza praca. Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, umowy takie powstają w celu zaspokojenia zindywidualizowanych i nowych potrzeb. Dopuszczalność stosowania umów nienazwanych w naszym porządku prawnym wynika z zasady swobody umów¹². O dopuszczalności umów o zastępcze macierzyństwo mowa będzie w dalszej części pracy.

Zarówno w umowie o zastępcze macierzyństwo, jak i w każdym stosunku prawnym można wyróżnić trzy elementy:

- a) podmioty, między którymi istnieje stosunek prawny,
- b) przedmiot,
- c) treść stosunku prawnego.

¹⁰ M. Soniewicka, *Dylematy zastępczego macierzyństwa*, strona internetowa: http://www.ptb.org.pl/pdf/soniewicka_macierzynstwo_1.pdf, [28.06.2010].

¹¹ M. Safjan, *Prawne...*, *op. cit.*, s. 293.

¹² W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2007, s. 147–148.

Ad. a)

Mając na uwadze to, że podmiotem uprawnionym w zobowiązaniu jest wierzyciel, należy wskazać, że będzie tutaj chodziło o osobę bądź osoby, które chcą uzyskać prawa do urodzonego dziecka, występujące jako strony zamawiające, natomiast jako podmiot zobowiązany (dłużnika) należy wskazać matkę zastępczą. Świadczenie ma miejsce między tymi dwoma stronami umowy¹³.

Ad. b)

Istotną kwestią związaną z umową o zastępcze macierzyństwo jest ustalenie, co jest przedmiotem tej umowy: czy będzie to dziecko, urodzenie dziecka czy usługa polegająca na użyczeniu ciała surogatki zobowiązującej się nosić dziecko w swym łonie przez 9 miesięcy oraz urodzić je dla zamawiających.

Jeżeli przyjęlibyśmy, że przedmiotem umowy jest dziecko, należałoby z tego wysnuć wniosek, że zawierana umowa jest umową sprzedaży dziecka. W związku z nowelizacją Kodeksu karnego z dnia 20 maja 2010 r. uchylony został art. 253, który odnosił się do handlu ludźmi; w jego miejsce dodano art. 189a, który stanowi, że: „Kto dopuszcza się handlu ludźmi, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3”. Penalizacji podlega również przygotowanie do popełnienia przestępstwa, które zagrożone jest karą od 3 miesięcy pozbawienia wolności do lat 5. Termin „dopuszcza się handlu ludźmi” odnosi się do „dokonywania transakcji handlowych, której przedmiotem jest człowiek traktowany jako towar (tzw. handel żywym towarem)”¹⁴. Przedmiotem ochrony jest w tym wypadku wolność i godność człowieka¹⁵. Penalizacji podlegają transakcje handlowe, których przedmiotem jest człowiek traktowany jak towar. Realizacja znamienia czasownikowego oznacza umyślne dokonanie czynności cywilnoprawnej polegającej np. na: kupnie, sprzedaży, zamianie, użyczeniu.¹⁶ Podobne uregulowania zabraniające handlu dziećmi znajdują się w Konwencji o prawach dziecka podpisanej w Nowym Jorku dnia 20 listopada 1989 r. Art. 35 Konwencji stanowi, że: „Państwa-Strony będą podejmowały wszelkie kroki o zasięgu krajowym, dwustronnym oraz wielostronnym dla przeciwdziałania uprowadzeniom, sprzedaży bądź handlowi dziećmi, dokonywanych dla jakichkolwiek celów i w jakiegokolwiek formie”¹⁷. Przez wzgląd na powyżej przytoczone argumenty należy odrzucić tę koncepcję. Wątpliwości co do zbrodniczego charakteru umowy mogą powstać wówczas, gdy kobieta mająca urodzić dziecko zawiera umowę z zamawiającymi, zobowiązując się po urodzeniu dziecka wyrazić zgodę na jego adopcję przez zamawiających, zazwyczaj czy też prawie zawsze odpłatnie. Takie umowy niekoniecznie spełniać

¹³ *Ibidem*, s. 49-51.

¹⁴ A. Fronczak, *Odpowiedź podsekretarza stanu w Ministerstwie Zdrowia – z upoważnienia prezesa Rady Ministrów – na interpelację nr 3165 w sprawie macierzyństwa zastępczego, dnia 25.06.2008 r.*, strona internetowa: <http://orka2.sejm.gov.pl/Iz6.nsf/main/3A6473C4> [9.07.2010].

¹⁵ A. Krajewska, *Pojęcie godności w prawie europejskim i porządkach krajowych w kontekście rozwoju biomedycyny*, Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego, vol. IV, A.D. MMVI, strona internetowa: http://www.europeistyka.uj.edu.pl/upload/109_ea4b_121-145_krajewska.pdf [9.07.2010].

¹⁶ A. Zoll, *Kodeks karny, część szczególna. Komentarz*, wyd. 2, Zakamycze 2006 r., s. 1352.

¹⁷ Konwencja o Prawach Dziecka z dnia 20 listopada 1989 r., (Dz.U. z 1991, Nr 120, poz. 526).

będą znamiona przestępstwa określonego w art. 253 § 1 lub § 2 k.k. Innym problemem jest natomiast kwestia ważności takiej umowy z punktu widzenia prawa cywilnego (art. 58 § 2 k.c.). Można zastanowić się, czy umowy takie w każdym przypadku uznać należy za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, czy też zależy to od konkretnych okoliczności danego przypadku. Czy za sprzeczną z tymi zasadami uznać należałoby umowę, zgodnie z którą kobieta mająca urodzić niechciane dziecko, nie mając możliwości zapewnienia mu jakichkolwiek ludzkich warunków utrzymania i wychowania, umawia się na adopcję z małżonkami, którzy mają już swoje dzieci i są w stanie zapewnić rozwój dziecka w warunkach szczęśliwej rodziny?

Kolejno należy rozważyć, czy jako przedmiot umowy można uznać usługę związaną z udostępnieniem ciała przez surogatkę. W tej płaszczyźnie należy rozpatrzyć kwestię wypożyczenia ciała przez matkę zastępczą oraz użyczenia ciała¹⁸. Nie są to pojęcia tożsame. Trzeba jednoznacznie stwierdzić, że usługą oferowaną przez matkę zastępczą nie jest wypożyczenie jej ciała. Poprzez wypożyczenie należy rozumieć: „udostępnienie coś komuś na jakiś czas”¹⁹, chodzi w tym wypadku o sytuację czerpania korzyści z dysponowania własnym ciałem, np. o prostytutkę. Również nie będzie to użyczenie ciała, gdyż pod tym pojęciem kryje się sytuacja, kiedy użyczający zobowiązuje się oddać własne ciało w celu wyhodowania i transplantacji organów. Celem umowy o zastępcze macierzyństwo jest urodzenie dziecka, a nie wytworzenie jakiegoś dobra, np. organów czy chwilowe udostępnienie ciała. Jest to całkowite zaangażowanie organizmu kobiety przez 9 miesięcy²⁰. Płyne stąd wniosek, że będzie to usługa polegająca na udostępnieniu na okres ciąży ciała przez surogatkę, będąca jednak czymś więcej, czymś niedefiniowalnym poprzez pojęcia wypożyczenia czy użyczenia. Z usługą świadczoną przez matkę zastępczą łączy się również zrzeczenie się przez nią praw rodzicielskich. Dziecko natomiast będzie jedynie pośrednio przedmiotem tej umowy. Argumentem przemawiającym za tym stanowiskiem jest zasada ochrony wolności wyrażona w art. 31 ust. 1 Konstytucji, z której można wywieść wolność dysponowania swoim ciałem oraz wolność dysponowania możliwościami prokreacyjnymi. Z zasady ochrony prywatności (art. 47 Konstytucji) wynika prawo do ochrony przed ingerencją w życie osobiste, w tym też w decyzje związane z prokreacją. Nie sposób wspomnieć także o zasadzie swobody umów polegającej na przyznaniu podmiotom prawnym ogólnej możliwości zawierania i kształtowania treści umów w granicach określonych przez prawo. Na swobodę umów składają się cztery elementy:

1. swoboda w zawieraniu umowy,
2. swoboda w wyborze kontrahenta,
3. swoboda w kształtowaniu treści umowy,
4. swoboda w wyborze formy zawarcia umowy.

¹⁸ J. Holocher, M. Soniewicka, *Analiza prawna umowy o zastępcze macierzyństwo*, Prawo i medycyna 2009, nr 3, s. 47.

¹⁹ Wydawnictwo Naukowe PWN SA, strona internetowa: <http://sjp.pwn.pl/haslo.php?id=2540270>, [6.07.2010].

²⁰ J. Holocher, M. Soniewicka, *Analiza...*, *op. cit.*, s. 47.

Swoboda umów jest wszakże zasadą prawa zobowiązań, nie zaś prawa cywilnego jako całości. Wskazuje na to nie tylko wielowiekowa tradycja, ale także wykładnia systemowa. Art. 353¹ k.c. jest bowiem przepisem części ogólnej *Zobowiązań*, a nie *Części ogólnej* Kodeksu cywilnego. W innych działach prawa cywilnego: w prawie rzeczowym, spadkowym, rodzinnym, na gruncie ustaw szczególnych, swoboda umów jest co najmniej poważnie ograniczona i zasada bywa odwrotna, tzn. strony mogą kształtować stosunki prawne w drodze umowy tylko wówczas i tylko o tyle, o ile ustawa wyraźnie na to zezwala. Powołanie się na zasadę swobody umów w odniesieniu do omawianej tutaj kategorii kontraktów wymaga najpierw zakwalifikowania tych umów do kategorii umów obligacyjnych – i takimi istotnie one są. Ich celem i skutkiem nie jest bowiem ukształtowanie ani zniesienie jakiegokolwiek istniejącego stosunku prawnego, nie prowadzą też do powstania jakichkolwiek bezpośrednich skutków w sferze stanu cywilnego dziecka i jego matki: ten bowiem określony jest jednoznacznie dyspozycją przepisu art. 61⁹ k.r.o. Gdyby uznać je za ważne, to ich skutkiem byłoby powstanie wzajemnych zobowiązań pomiędzy zamawiającym/zamawiającymi a kobietą, która dziecko urodzi.

Należy jednak wyżej wymienione zasady zestawić z zasadą ochrony dobra dziecka oraz dobra rodziny. Dobra dziecka należy utożsamiać z ustabilizowanymi, jasnymi relacjami rodzinnymi od chwili narodzin²¹. Celem norm prawnych i regulacji ustawowych jest dążenie do zapewnienia stabilnych relacji rodzinnych, które z kolei może zaburzać w znaczący sposób świadczenie usług związanych z zastępczym macierzyństwem. Dochodzi bowiem wtedy do rozdzielenia macierzyństwa biologicznego z genetycznym. Pojawiającym się na tym tle problemem jest tożsamość genetyczna dziecka, gdyż w kwestiach dotyczących stanu cywilnego oraz więzów pokrewieństwa odnajdujemy regulacje ustawowe.

Żadna z koncepcji nie wydaje się być w stu procentach słuszna. Biorąc jednak pod uwagę powyższe rozważania, należałoby przyjąć, że w niektórych przypadkach, przy dogłębnym zbadaniu konkretnego przypadku determinowanego właściwymi dla niego okolicznościami towarzyszącymi, jedynie możliwym do zaakceptowania wydaje się być uznanie za przedmiot umowy o zastępcze macierzyństwo usług ciążowych. Przemawiają za tym powyżej wymienione zasady: ochrony wolności i prywatności. Nie sposób jednak nie zaznaczyć w tym miejscu, że w każdym przypadku należy ważyć interesy stron umowy oraz dobra dziecka.

Ad. c)

Ustalenie treści zobowiązania wymaga analizy konkretnego stosunku zobowiązaniowego. Powinno z niego wynikać, do czego zobowiązują się strony, aby wypełnić treść wiążącego je stosunku prawnego²². Treścią zobowiązania są uprawnienia wierzyciela i odpowiadające im obowiązki dłużnika²³. Umowa o zastępcze macierzyństwo sprowadza się do zobowiązania jednej strony (surogatki) do zajścia w ciążę oraz przekazania po porodzie dziecka zamawiającym rodzicom socjologicznym oraz zrzeczenia się praw rodzicielskich.

²¹ M. Soniewicka, *Dylematy...*, *op. cit.*

²² W.Czachórski, A. Brzozowski, M.Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania...*, *op. cit.*, s. 53.

²³ T. Wiśniewski, *Komentarz do Kodeksu cywilnego*, Tom I, red. G. Bieniek, Warszawa 2006, s. 17.

Prawa rodzicielskie, przez które należy rozumieć władzę rodzicielską (art. 92, 95 i nast. k.r.o.) oraz uprawnienie do reprezentowania dziecka (art. 98 k.r.o.) przysługują z mocy prawa obojgu rodzicom (art. 93 k.r.o.) i nie można ich się po prostu zrzec tak jak prawa majątkowego. Prawa rodzicielskie można utracić jedynie w wyniku orzeczenia sądu lub braku zdolności do czynności prawnych (art. 94, 111, 112 k.r.o.). Piszząc zatem o zrzeczeniu się praw rodzicielskich, mamy na myśli zgodę na przysposobienie dziecka w przyszłości bez wskazania osoby przysposabiającej (art. 118, 119 k.r.o.) albo/i zobowiązanie matki dziecka (surogatki) do wszelkich innych form współdziałania z zamawiającymi w celu prawnego ustalenia ich praw rodzicielskich do dziecka.

Druga strona zobowiązuje się do zapłaty określonej sumy pieniężnej, rzeczy lub określonego świadczenia (zdarzają się też wypadki, kiedy umowa ma charakter nieodpłatny, na zasadach niekomercyjnych lub altruistycznych, np. siostra bliźniaczka zgadza się urodzić dziecko niemogącej mieć dzieci siostrze) oraz odbioru dziecka. Umowa ta może również zawierać dodatkowe postanowienia regulujące np. kwestie dotyczące okresu ciąży (odpowiedniego odżywiania się, ćwiczeń, badań, wizyt lekarskich). Może również przewidywać dodatkowe świadczenia stron.

Stosunek prawny między rodzicami a matką zastępczą powstaje w wyniku zawarcia umowy poprzez złożenie zgodnych oświadczeń woli wolnych od wad. Obie strony umowy muszą działać swobodnie, świadomie, w sposób wolny od błędów, podstępny czy groźby. Należy również zaznaczyć, że więź prawna powstająca pomiędzy surówką a rodzicami socjologicznymi ma charakter względy. Płyne stąd wniosek, że zobowiązanie jest skuteczne *inter partes* – jedynie pomiędzy stronami stosunku prawnego²⁴.

W zawarciu umowy mogą pośredniczyć osoby trzecie, np. powstałe w tym celu firmy pośrednictwa działające w charakterze odpłatnym lub nieodpłatnym z zastrzeżeniem, iż sposób ich działania nie spełnia znamion przestępstwa z art. 253 § 2 k.k.

Należy również zauważyć, że możliwe są 2 rodzaje umowy o zastępcze macierzyństwo. Pierwszy z nich przewiduje możliwość zawarcia w umowie o zastępcze macierzyństwo zobowiązania zastępczej matki do wyrażenia zgody na przysposobienie dziecka po jego narodzinach przy jednoczesnym zobowiązaniu rodziców socjologicznych do wystąpienia z wnioskiem o przysposobienie tego dziecka oraz do spełnienia na rzecz matki zastępczej określonych świadczeń. Inną formą umowy o zastępcze macierzyństwo może być umowa warunkowa pod warunkiem zawieszającym. Przyszłym i niepewnym zdarzeniem będzie w tym wypadku fakt urodzenia dziecka. Umowa zawierałaby wtedy przyrzeczenie świadczenia na rzecz zastępczej matki, o ile wyraziłaby ona zgodę na przysposobienie dziecka przez rodziców socjologicznych, z drugiej zaś strony przyrzeczenie ponoszenia kosztów utrzymania i wychowania dziecka przez rodziców socjologicznych, o ile przysposobienie dziecka nie doszłoby do skutku z powodu wycofania się małżonków albo z powodu negatywnej decyzji sądu rodzinnego w tej sprawie.

²⁴ W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania...*, op. cit., s. 57.

4. Macierzyństwo

Z kwestią umowy o zastępcze macierzyństwo związane jest zagadnienie powództwa o ustalenie i zaprzeczenie macierzyństwa. Macierzyństwo jest stosunkiem prawnym pomiędzy matką a dzieckiem. Macierzyństwo odnosi się do konkretnego dziecka, którego tożsamość powinna być ściśle określona. Przyjęta regulacja prawna jest w zasadzie oparta na podobnej koncepcji co rzymska zasada *Mater semper certa est* – matka jest zawsze pewna, macierzyństwa nie trzeba dowodzić²⁵. Płyne stąd wniosek, że matką dziecka jest zawsze kobieta, która je urodziła. Nie ma znaczenia, czy ojcem dziecka jest jej mąż, czy inny mężczyzna. Nie odgrywają też roli takie czynniki jak to, czy zapłodnienie nastąpiło w wyniku sztucznego zapłodnienia, czy nasieniem pochodzącym z banku nasienia, czy pochodzącym od kilku mężczyzn²⁶.

Podstawę prawną określenia stosunków pomiędzy matką a dzieckiem stanowią dane zawarte w akcie urodzenia, który jest aktem stanu cywilnego, tworzonym i przechowywanym przez urząd stanu cywilnego właściwy ze względu na miejsce urodzenia dziecka. Fakt urodzenia dziecka trzeba zgłosić do 14 dni od momentu urodzenia. Należy z tego wnioskować, że o macierzyństwie decyduje urodzenie dziecka, co z kolei potwierdza informacja zamieszczona w akcie urodzenia²⁷. Z tą kwestią wiąże się ustalenie pochodzenia dziecka, które z kolei wpływa na jego stan cywilny. Stan cywilny człowieka jest niepodzielny, co oznacza, że matką dziecka może być jedna kobieta, a ojcem jeden mężczyzna. Wskazuje on pochodzenie od określonych rodziców, ma również charakter bezwzględny, gdyż skutkuje *erga omnes*. W sytuacji, kiedy dochodzi do rozejścia się macierzyństwa biologicznego z genetycznym, kwestia ta przestaje być taka klarowna²⁸. Należy zauważyć, że w obowiązującym stanie prawnym zmiany stanu cywilnego nie można dokonać na podstawie umowy, a jedynie w następstwie zaprzeczenia macierzyństwa przez kobietę wpisaną w akcie urodzenia jako matka dziecka. Wtedy to sąd decyduje o macierzyństwie innej kobiety²⁹. W tym miejscu należy również wspomnieć o regulacjach zawartych w Europejskiej konwencji o statusie prawnym dziecka pozamałżeńskiego³⁰, sporządzonej w Strasburgu 15 października 1975 r. Art. 2 rzeczonej konwencji stanowi, że pochodzenie dziecka pozamałżeńskiego od matki ustala się wyłącznie na podstawie faktu urodzenia. W oficjalnym komentarzu do art. 2 konwencji ustalono, że zasadą jest to, że automatycznie na podstawie aktu urodzenia ustala się pochodzenie dziecka od matki. Tylko w wyjątkowych wypadkach, np. wtedy gdy matka jest nieznana,

²⁵ J. Strzebińczyk, *Prawo rodzinne*, Kraków 2003, s. 262.

²⁶ K. Piasecki, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 627.

²⁷ A. Czajkowska, E. Pachniewska [w:] A. Czajkowska, *Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz. Orzecznictwo. Wzory dokumentów i pism*, Warszawa 2009, s. 89.

²⁸ M. Fras, D. Abłażewicz, *Reżim prawny macierzyństwa zastępczego na tle porównawczym*, Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego, vol. VI, A.D. MMVIII, s. 32, strona internetowa: http://www.europeistyka.uj.edu.pl/upload/119_cc97_031-068_fras.pdf, [9.07.2010].

²⁹ K. Piasecki, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 633-635.

³⁰ Europejska Konwencja o statusie prawnym dziecka pozamałżeńskiego z dnia 15 października 1975 r., (Dz.U. z 1999, Nr 79, poz. 888).

macierzyństwo jest ustalone teoretycznie³¹. Płyne stąd wniosek, że umowy zawarte pomiędzy matką zastępczą a kobietą lub małżonkami, dla których ma zostać urodzone dziecko nie wpływają na ustalenie jego pochodzenia. Zawarta umowa nie może być podstawą roszczenia o ustalenie lub zaprzeczenie macierzyństwa. Stanowisko to potwierdza także brzmienie art. 61⁹ k.r.o. stwierdzające jednoznacznie, że matką dziecka jest kobieta, która je urodziła. W ten sposób w powołanym przepisie została uregulowana kwestia powstania prawnego stosunku macierzyństwa, niezależna od kształtowania relacji pochodzenia zgodnie z pochodzeniem genetycznym³².

5. Przysposobienie

Warto również przyjrzeć się regulacji instytucji przysposobienia w polskim prawie. Przepisy działu II Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego regulują szczegółowo warunki i tryb przysposobienia. Jak wynika z brzmienia art. 119² k.r.o., nie jest możliwe wyrażenie zgody przez rodziców na przysposobienie dziecka wcześniej niż po upływie 6 tygodni od jego urodzenia³³. Takie unormowanie wskazuje na niedopuszczalność wyrażenia zgody na adopcję dziecka przed jego urodzeniem, a nawet po jego narodzinach, jeżeli nie upłynął okres 6 tygodni od jego przyjścia na świat. Jak wcześniej wykazano, celem umowy o zastępcze macierzyństwo jest zrzeczenie się na przyszłość praw do wychowania i opieki nad dzieckiem, czyli wyrażenie zgody na adopcję. Taki zabieg w świetle powyższych uregulowań wydaje się być niedozwolony. Postawioną tezę potwierdza również fakt, że we współczesnych systemach prawnych nie występuje adopcja prenatalna, mimo że istnieją sytuacje, gdy prawo zezwala na zerwanie więzi pomiędzy matką biologiczną a dzieckiem. Dzieje się tak po urodzeniu dziecka przy uwzględnieniu okoliczności danego przypadku i przede wszystkim dobra dziecka. Wśród przesłanek przysposobienia zawartych w art. 114 k.r.o. położono nacisk na dobro małoletniego³⁴. Dobro dziecka jest decydującym kryterium, którym kieruje się sąd opiekuńczy. Potwierdza to również nadal aktualna teza orzeczenia SN z 15 września 1951 r., w którym wskazuje się, na jakie elementy powinien zwrócić uwagę sąd przy ocenie, czy przysposobienie jest zgodne z dobrem dziecka. Obok sytuacji materialnej przysposabiającego będzie to okoliczność, czy wychowanie dziecka przygotuje go lepiej do pracy dla dobra społeczeństwa, odpowiednio do jego uzdolnień oraz czy przeciwko przysposobieniu nie przemawiają więzy uczuciowe pomiędzy przysposabianym a jego dotychczasową rodziną³⁵. Nie bez znaczenia pozostają wymagania stawiane przysposabiającemu wymienione w art. 114¹. Decyzje dotyczące prawa do dziecka, przez wzgląd na ich doniosłość, podejmowane są pod kontrolą władzy państwowej w ściśle określonej procedurze, po spełnieniu sprecyzowanych wymagań. Przysposobienie następuje przez orzeczenie sądu opiekuńczego,

³¹ K. Piasecki, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 626.

³² J. Holocher, M. Soniewicka, *Analiza...*, *op. cit.*, s. 49.

³³ *Kodeks rodzinny i opiekuńczy*.

³⁴ H. Ciepta, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Piasecki, Warszawa 2009, s. 841.

³⁵ SN (C 715/51, OSN 1953, nr II, poz. 37).

a wydane postanowienie stanowi podstawę do sporządzenia nowego aktu urodzenia dziecka przez Urząd Stanu Cywilnego.

O doniosłości i wadze norm regulujących adopcję w polskim porządku prawnym świadczy także regulacja zawarta w art. 253 § 2 k.k. stanowiąca o penalizacji adopcji dokonywanej w celu osiągnięcia korzyści majątkowej sprzecznej z przepisami Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Wydaje się słuszna teza przemawiająca za tym, że osobą pociągniętą do odpowiedzialności karnej może być osoba zaangażowana w zastępcze macierzyństwo, jeżeli przy uwzględnieniu stanu faktycznego danej sprawy okazałoby się, że realizowała ona swoim zachowaniem znamiona czynu zabronionego opisanego w art. 253 § 2 k.k.³⁶. Przez wzgląd na konieczność ścieśniającej interpretacji i zakazu stosowania analogii art. 253 § 2, że w obecnym stanie prawnym brak jest regulacji penalizujących w podobny sposób zawieranie umów o zastępcze macierzyństwo.

6. Dopuszczalność umów o zastępcze macierzyństwo *de lege lata*

Polskie prawo nie reguluje w żadnej ustawie umowy o zastępcze macierzyństwo, jak również nie zakazuje wprost zawierania takich umów. Pytanie o dopuszczalność takich umów zyskuje na aktualności zwłaszcza wtedy, gdy jedna ze stron odmawia jej wykonania, a strona poszkodowana występuje na drogę sądową w celu obrony swoich praw. Problematyka ta budzi zainteresowanie nie tylko w kręgu prawników, ale również wśród etyków i lekarzy.

6.1. Rozważania etyczne

Zdecydowanie negatywne stanowisko w omawianej kwestii prezentuje Kościół Katolicki. Kościół odrzuca wszelkie metody ingerencji człowieka w proces poczęcia dziecka odbiegający od naturalnego³⁷.

Dla omawianej problematyki istotne znaczenie ma etyczny wymiar pojęcia macierzyństwa i rodzicielstwa oraz refleksja nad wartościami, jakim ma służyć prokreacja. Bez wątpienia swoboda prokreacji służy powołaniu na świat dziecka, jednak nie można przyjąć, że jest to jej jedyny motyw. W głównej mierze chodzi o stworzenie relacji pomiędzy dzieckiem i rodzicami. Zarówno w okresie ciąży, jak i po porodzie wywiązuje się emocjonalno-uczuciowa więź o podłożu biologiczno-hormonalnym. Jednak jest to tylko etap prowadzący do stworzenia relacji miłości i odpowiedzialności. Uwidacznia to podstawowy cel prokreacji, jakim jest świadome urodzenie dziecka z zamiarem otoczenia go opieką i troską szczególnie ważną w pierwszych chwilach jego życia. Instytucja zastępczego macierzyństwa prowadzi do oddzielenia macierzyństwa genetycznego od biologicznego. Istotniejsze wydaje się jednak oddzielenie macierzyństwa biologicznego od etycznego aspektu odpowiedzialności

³⁶ Z. Wrona, *Odpowiedź podsekretarza stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości – z upoważnienia ministra – na interpelację nr 6054 w sprawie tzw. zastępczych matek*, strona internetowa: <http://orka2.sejm.gov.pl/Iz6.nsf/main/46ACAA48>, [9.07.2010].

³⁷ M. Działyńska, *Problematyka...*, *op. cit.*, s.116.

za prokreację³⁸. Strony celowo doprowadzają do sytuacji, w której matka zastępcza zrzeka się odpowiedzialności za dziecko i przekazuje ją rodzicom socjologicznym. Związane jest z tym powstawanie niejasnych sytuacji rodzinnych. Uwidacznia się to w przypadku, gdy matką dziecka jest jednocześnie jego babka – w sytuacji, gdy matka niemogącej mieć dzieci córki zgodziła się urodzić dla niej dziecko powstałe z połączenia materiału genetycznego jej i męża córki lub wtedy gdy dwie kobiety są równocześnie matkami – jedna z nich jest matką biologiczną, druga zaś socjologiczną. Z zastępczym macierzyństwem wiążą się również liczne zagrożenia, a wśród nich: zagrożenie uprzedmiotowienia dziecka, handlu dziećmi, komercjalizacji prokreacji, uprzedmiotowienia i wykorzystywania kobiet w celach reprodukcyjnych.

6.2. Rozważania prawne

W tym miejscu przyjrzyjmy się bliżej skutkom prawnym wynikającym z przyjęcia stanowiska przemawiającego zarówno za dopuszczalnością zawierania umów o zastępcze macierzyństwo, jak i niedopuszczalnością istnienia takich umów.

Niejednokrotnie w dyskusjach na temat zastępczego macierzyństwa zwolennicy i przeciwnicy dopuszczalności umów odwołują się do zasad funkcjonujących w polskim porządku prawnym, m.in.: ochrony prywatności życia, ochrony dobra dziecka, ochrony małżeństwa i rodziny, zasady wolności, zasady swobody umów, zasady pewności i stabilności stanu cywilnego, zasady sądowej kontroli nad adopcją. W literaturze zwraca się uwagę na konieczność wagi zasad w każdorazowo rozpatrywanym przypadku.

Rozważania należy rozpocząć od zaprezentowania argumentów przemawiających za umową o zastępcze macierzyństwo. Bezdyskusyjny jest fakt, że odpłatne pośrednictwo instytucji nie zasługuje na aprobatę, natomiast za uznaniem nieodpłatnych umów o zastępcze macierzyństwo za legalne i prawnie skuteczne przemawia wiele czynników, często podnoszonych w licznych dyskusjach przez ich zwolenników. Wypowiedzi w tej materii zaprezentowane zostały w doktrynie zachodnioniemieckiej³⁹. Należy wyjść od tego, że umowy regulujące kwestie prawnorodzinne nie są obce europejskiej tradycji prawnej, np. w prawie niemieckim od 1977 r. akceptowano umowy w sprawie przysposobienia dziecka.

Jak już była o tym mowa, stan cywilny nie może być regulowany czy zmieniany poprzez umowy, gdyż kształtują go mechanizmy ustawowe. Jednak umowa dotycząca zastępczego macierzyństwa odwołuje się do drogi sądowej w sprawie przysposobienia dziecka, czyli drogi legalnej. Wydanie dziecka nie stanowi jego opuszczenia czy porzucenia, co mogłoby być krzywdzące i naruszać jego dobro. Wydanie polega na zrzeczeniu się praw do dziecka z jednoczesną rezygnacją z opieki i ponoszenia odpowiedzialności za nie. Mechanizm ten nie narusza zasad porządku prawnego.

Należy stwierdzić, że świadczenie matki zastępczej nie powinno być szacowane w pieniądzu, gdyż jest realizacją funkcji rodzicielskiej. Wydaje się jednak, że nie ma przeciwwskazań, by zamieścić w umowie klauzule przyznające matce zastępczej zwrot wydatków

³⁸ M. Soniewicka, *Dylematy...*, op. cit.

³⁹ M. Safjan, *Prawne...*, op. cit., s. 295.

związanych z ciążą i porodem (na wzór roszczenia matki od ojca dziecka kosztów związanych z ciążą i porodem)⁴⁰.

Przyjmując, że umowa jest ważna, należałoby się zastanowić, czy na jej podstawie rodzice socjologiczni mogą domagać się wydania dziecka. Zdaniem autorki tekstu nie można na podstawie umowy żądać wydania dziecka przez matkę zastępczą. Również decyzja sądu nie powinna zastępować zgody matki, gdyż jest to uprawnienie ściśle osobiste. W konsekwencji wydaje się słuszna teza przemawiająca za tym, że umowa nie może podlegać przymusowemu wykonaniu, czy to w wypadku odmowy wydania dziecka przez matkę, czy odmowy odebrania dziecka przez rodziców socjologicznych⁴¹. Będziemy wtedy mieli do czynienia z umową bez możliwości domagania się jej wykonania w naturze, ale nie wyklucza się przy tym sankcji odszkodowawczych. Roszczenia matki zastępczej byłyby podobne to roszczeń rodziców przeciwko lekarzowi, który dokonał nieudanej sterylizacji, czyli sprowadzałyby się do zapłaty alimentów obejmujących koszty wychowania i utrzymania dziecka. Lekarz nie może być wprowadzie zobowiązany do płacenia alimentów w rozumieniu art. 128 i nast. k.r.o., ale do wynagrodzenia szkody osobom zobowiązanym do alimentacji; można mieć jednak wątpliwości co do istnienia takiego roszczenia na gruncie prawa polskiego. Niewydanie dziecka przez matkę zastępczą nie wywoływałoby żadnej sankcji⁴².

Z kolei należy przedstawić analizę argumentów przemawiających przeciwko zawieraniu umów o zastępcze macierzyństwo.

Przyjęcie tezy dopuszczającej umowy o zastępcze macierzyństwo prowadzi do zakwestionowania zasady pewności pochodzenia dziecka od kobiety, która je urodziła i jest wpisana w akcie urodzenia jako jego matka. Jednak, jak już zostało powiedziane, na gruncie prawa polskiego nie może zaistnieć taka sytuacja, gdyż kwestię tę jednoznacznie rozstrzyga art. 61⁹ k.r.o.

Kolejno trzeba stwierdzić, że prawa rodzicielskie niemajątkowe, odrębnie uregulowane na gruncie prawa rodzinnego, są wyłączone z obrotu i nie można ich swobodnie kształtować w drodze umowy⁴³. Przez wzgląd na wagę i doniosłość takie kwestie, jak pokrewieństwo czy prawo opieki nad dzieckiem mogą być ustalane tylko i wyłącznie na drodze sądowej. Przemawia za tym także to, że współczesne systemy nie uznają adopcji prenatalnej. Wynika z tego, że umowa dotycząca zrzeczenia się praw do dziecka jest nieważna ze względu na sprzeczność z prawem, gdyż zgodnie z art. 58 § 1 k.c. czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna. Natomiast paragraf drugi wskazuje, że nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. Pod pojęciem *zasad współżycia społecznego* kryją się wartości i zasady przyzwoitego zachowania, uznawane w społeczeństwie lub w danej grupie, to także element moralności publicznej⁴⁴. Zakres dopuszczalnej czynności prawnej został w wymienionym artykule określony od strony negatywnej⁴⁵. Sankcją naruszenia zakazów płynących z art. 58 jest bezwzględna

⁴⁰ *Ibidem*, s. 297.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ M. Soniewicka, *Dylematy...*, op. cit.

⁴⁴ M. Safjan, w: *Kodeks cywilny*, tom I, *Komentarz do artykułów 1–449*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2008, s. 327.

⁴⁵ *Ibidem*, s. 250–251.

nieważność czynności prawnej. Nieważna umowa nie wywiera skutków prawnych, przez co stronom nie przysługuje roszczenie związane z realizacją jej postanowień – matka zastępcza nie ma roszczenia o odbiór dziecka. Również inne świadczenia związane z zawarciem umowy nie mogą być wyegzekwowane, w tym świadczenie pieniężne za usługę urodzenia dziecka. Matka dziecka mogłaby jedynie dochodzić świadczeń alimentacyjnych od ojca dziecka na podstawie art. 128 k.r.o. Jeżeli natomiast rodzice socjologiczni dokonali zapłaty, mogliby domagać się jej zwrotu na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, gdyż świadczenie to przy założeniu, że umowa była nieważna, jest nienależne⁴⁶. Podobnie żadnej ze stron nie przysługiwałoby roszczenie odszkodowawcze z tytułu niewykonania czy nienależytego wykonania umowy.

Istotne dla przeciwników umowy jest to, że cel umowy już z założenia jest sprzeczny z dobrem dziecka i prowadzi do zerwania więzi z biologiczną matką. Konflikty mogące powstać między stronami nie stwarzają dobrej atmosfery do jego wzrostu. Nie bez znaczenia pozostają w tej kwestii argumenty natury moralnej, społecznej i etycznej.

7. Powództwo o wydanie dziecka po urodzeniu

W związku z zawieranymi umowami o zastępcze macierzyństwo pojawia się pytanie, czy rodzicom socjologicznym przysługuje roszczenie o wydanie dziecka w wypadku, kiedy matka zastępcza odmawia jego wydania. Biorąc pod uwagę obowiązujące regulacje ustawowe, można przypuszczać, że sąd oddali wniesione powództwo, gdyż zgodnie z literą prawa matką dziecka jest kobieta, która je urodziła, a zawarta wcześniej między stronami umowa nie ma wpływu na relacje pokrewieństwa⁴⁷. Z powyższego wywodu wynika, że w obecnym stanie prawnym nie występuje materialnoprawna podstawa roszczenia o wydanie dziecka, ponieważ kobieta, która urodziła dziecko, ma skuteczny tytuł prawny do sprawowania nad dzieckiem władzy rodzicielskiej, której składnikiem jest także prawo i obowiązek sprawowania osobistej pieczy nad dzieckiem (art. 95 k.r.o.). Nowelizacja k.r.o. w wyraźny sposób rozstrzyga postawione na wstępie pytanie.

8. Powództwo o odebranie dziecka po porodzie

Przyglądając się bliżej problematyce powództwa o odebranie dziecka po porodzie, należy zauważyć, że podstawą roszczenia o odebranie dziecka przez matkę socjologiczną jest fakt urodzenia go przez matkę biologiczną oraz niewywiązanie się z umowy wspomnianej matki socjologicznej. Przyczyny takiej sytuacji mogą być różne, w szczególności może to być zmiana sytuacji finansowej matki socjologicznej, zmiana decyzji co do posiadania potomstwa lub trwała, nieuleczalna choroba urodzonego dziecka. Biorąc pod uwagę obecny stan prawny, wydaje się uzasadnione stanowisko przemawiające za tym, że matka biologiczna

⁴⁶ M. Soniewicka, *Dylematy...*, *op. cit.*

⁴⁷ J. Holocher, M. Soniewicka, *Analiza...*, *op. cit.*, s. 53.

nie może liczyć na ochronę prawną i uznanie jej roszczenia. Wynika to z faktu, że matką dziecka jest kobieta, która je urodziła, na co wskazuje art. 61⁹ k.r.o. Celem biologicznej matki występującej z powództwem o odebranie dziecka po porodzie jest wyzbycie się go. Jedynym sposobem uzyskania takiego skutku na podstawie k.r.o. jest zrzeczenie się praw rodzicielskich i wyrażenie zgody na przysposobienie dziecka.

g. Powództwo o nienależyte wykonanie umowy

Z problematyką umów o zastępcze macierzyństwo łączy się nierozzerwalnie zagadnienie roszczeń odszkodowawczych za niewykonanie i nienależyte wykonanie umowy.

Należy podkreślić, że rozstrzygnięcie tej kwestii zależy od poczynionego na wstępie założenia – czy przyjmiemy, że umowa była ważna czy nieważna.

Kiedy przyjąlibyśmy, że umowa jest nieważna, matka biologiczna nie mogłaby domagać się ochrony prawnej, która wynikałaby z postanowień zawartej wcześniej przez strony umowy. Uznanie umowy za nieważną powoduje to, że nie wywołuje żadnych skutków prawnych, jak również nie może być podstawą dochodzonych roszczeń. W takiej sytuacji ryzyko wykonania umowy ponosi wyłącznie matka zastępcza.

Nie sposób w tym miejscu, przyjmując, że umowa jest nieważna, nie wspomnieć o regulacji art. 410 § 1 i § 2 k.c., która stanowi, że szczególnym rodzajem bezpodstawnego wzbogacenia jest świadczenie nienależne⁴⁸. Świadczenie jest natomiast uznawane za nienależne wtedy, gdy mieści się w konkretnych sytuacjach wymienionych w art. 410 § 2:

- a) spełniający świadczenie w rzeczywistości nie był do tego zobowiązany w ogóle lub wobec tej osoby, której świadczył, albo
- b) podstawa świadczenia odpadła lub zamierzony cel świadczenia nie został osiągnięty, albo
- c) jeżeli czynność prawna zobowiązująca do świadczenia była nieważna i nie stała się ważna po spełnieniu świadczenia⁴⁹.

W przypadku umowy o zastępcze macierzyństwo mamy do czynienia z sytuacją wymienioną w punkcie a), gdyż świadczący (surogatka) ze względu na nieważność umowy nie był w ogóle zobowiązany do świadczenia. Regulacja ta upoważnia do zwrotu świadczenia. To rozwiązanie może stanowić względną ochronę prawną roszczeń strony zamawiającej – możliwość domagania się zwrotu poniesionych kosztów, bezpodstawnie wzbogacających pozwaną, w wypadku gdy strona zamawiająca nie miałaby skutecznego roszczenia o wydanie dziecka po urodzeniu⁵⁰.

Zakładając jednak, że umowa była ważna, należy stwierdzić, że zobowiązanie nie jest wykonane, jeżeli dłużnik nie spełnia świadczenia (zachowanie bezprawne), które zgodnie z treścią stosunku prawnego powinien był spełnić⁵¹. W takim przypadku uprawnienie wierzyciela polega na możliwości domagania się należnego mu świadczenia przy pomocy

⁴⁸ K. Kołakowski, [w:] *Komentarz do Kodeksu cywilnego*, op. cit., s. 229.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 229.

⁵⁰ J. Holocher, M. Soniewicka, *Analiza...*, op. cit., s. 53.

⁵¹ W.Czachórski, A. Brzozowski, M.Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania...*, op. cit., s. 352.

przymusu państwowego, przy wykorzystaniu środków egzekucyjnych – tzw. realne wykonanie zobowiązania⁵².

Zasadniczą kwestią są przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej, do których zaliczymy:

- a) zdarzenie (niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy), z którym system prawny wiąże odpowiedzialność,
- b) związek przyczynowo-skutkowy,
- c) powstałą szkodę w znaczeniu uszczerbku majątkowego zarówno *damnum emergens*, jak i *lucrum cessans*⁵³.

Należy więc wskazać i oszacować szkodę oraz wykazać związek przyczynowo-skutkowy zachodzący pomiędzy występującą szkodą a ciężą i porodem. Szkada może polegać między innymi na komplikacjach poporodowych.

10. Rozważania *de lege ferenda*

Na płaszczyźnie możliwych uregulowań pojawia się kilka rozwiązań, które w tym miejscu zostaną przedstawione.

Po pierwsze, gdybyśmy przyjęli regulację bezpośrednio zabraniającą zawierania umów o zastępcze macierzyństwo, rozwiązałoby to wszelkie istniejące obecnie wątpliwości powstające w związku z brakiem jednoznacznej regulacji tego typu umów. Rozwiązanie to pozbawiałoby strony ochrony prawnej i możliwości dochodzenia swych praw. Należy także przypuszczać, że spowodowałoby zmniejszenie ilości zawieranych umów o zastępcze macierzyństwo. Można by również było wprowadzić sankcje karne dla osób zawierających umowy. Jednak takie rozwiązanie wydaje się kontrowersyjne z uwagi na to, że państwo powinno uciekać się do penalizacji tylko wtedy, gdy jest to naprawdę konieczne. Sytuacja, w której małżonkowie, którzy nie mogą mieć potomstwa, zwracają się do kogoś, kto może im je dać, nie zasługuje na penalizację. Najbardziej słusznym rozwiązaniem jest zabronienie i karanie odpłatnej działalności pośredników. Ograniczenie czerpania korzyści majątkowych stanowi istotny mechanizm w walce przeciwko komercjalizacji usług o zastępcze macierzyństwo w wielu krajach, w których dopuszcza się takie umowy.

Innym możliwym rozwiązaniem jest przyjęcie, że umowy o zastępcze macierzyństwo są ważne. Wymagałoby to licznych zmian w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym. Takie rozwiązanie świadczyłoby o przyznaniu prymatu zasadzie swobody zawierania umów nad innymi zasadami. Autorka opowiada się za tym, by umowy o zastępcze macierzyństwo były ważne, ale wzruszalne, czyli nie podlegałyby przymusowemu wykonaniu w naturze, tzn. strony nie miałyby wzajemnych roszczeń o spełnienie świadczeń określonych w umowie. Jednakże uchylenie się którejkolwiek ze stron od spełnienia ciężącego na niej obowiązku dawałoby podstawę do wystąpienia z roszczeniem o wynagrodzenie szkody.

⁵² Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2006, s. 309.

⁵³ *Ibidem*, s. 309.

Taka konstrukcja jest znana prawu polskiemu; mamy z nią do czynienia w przypadku zawarcia umowy przedwstępnej o tzw. słabszym skutku (art. 390 § 1 k.c.). Argumentem przemawiającym za taką regulacją jest to, że przy przyjęciu umów za nieważne pozbawia się strony ochrony prawnej, całe ryzyko natomiast spada na matkę zastępczą. W konsekwencji jest to bardzo niekorzystne dla dziecka. Przy założeniu, że umowa będzie ważna, a stronom będzie przysługiwało odszkodowanie, zostaną rozwiązane problemy z dochodzeniem wzajemnych świadczeń. Matka zastępcza mogłaby odstąpić od zawartej umowy w danym okresie po porodzie, nie musiałaby także wykonywać dodatkowych świadczeń dotyczących okresu ciąży. Należałoby także brać pod uwagę sytuację i okoliczności, w jakich została zawarta umowa, aby minimalizować takie, w których zła sytuacja materialna kobiety ma wpływ na podjęcie przez nią decyzji o zastępczym macierzyństwie. Trzeba zaznaczyć, że zakazanie zawierania takich umów nie doprowadziłoby do zmniejszenia ich liczby do zera. Cały proceder przeniósłby się do podziemia, przez co ucierpiałoby nie tylko dobro dziecka, ale i stron, które byłyby pozbawione wszelkiej ochrony.

11. Podsumowanie

Kwestię zastępczego macierzyństwa można rozważać na płaszczyźnie czysto etycznej, która sprowadza się do sformułowania etycznego wymiaru pojęcia macierzyństwa i rodzicielstwa oraz dyskusji nad wartościami, jakim ma służyć prokreacja. W głównej mierze osadza się na dywagacjach o moralnie dopuszczalny charakter prokreacji. Można także kwestię macierzyństwa zastępczego rozpatrywać na płaszczyźnie prawnej pod kątem obowiązującego obecnie w Polsce prawa (*de lege lata*) oraz pod kątem tego, jakie rozwiązania prawne w tym zakresie powinny zostać przyjęte (*de lege ferenda*). Podkreślić należy, że obie płaszczyzny są ze sobą ściśle związane.

Podsumowując, jednak należy stwierdzić, że zastępcze macierzyństwo nie jest prostym sylogizmem, który w efekcie końcowym ma przesądzić o stanie cywilnym dziecka i zdecydować, kto jest jego rodzicem, a kto ma się zająć jego wychowaniem. Są to kwestie bardziej złożone, dotyczące problemów naszego człowieczeństwa, egzystencji i wartości. W sytuacji, kiedy dochodzi do podziału procesu kiedyś uznawanego za niepodzielny, człowiek stawiany jest w nienaturalnej dla niego sytuacji.

Nie sposób rozważać tych kwestii, nie mając na względzie konkluzji płynących z kantowskiego imperatywu kategorycznego, czyli tzw. formuły człowieczeństwa, która głosi: „Postępuj tak, byś człowieczeństwa tak w twej osobie, jako też w osobie każdego innego używał zawsze zarazem jako celu, nigdy tylko jako środka”⁵⁴.

⁵⁴ I. Kant, *Uzasadnienie metafizyki moralności*, Warszawa 1953, s. 62.